

## ปัญหาการใช้ทฤษฎีความเป็นบุคคลของบริษัทในประเทศไทย

### Problems of Personality of Corporations Theory Implementation in Thailand

เสถียรภาพ นาหลวง\*

#### บทคัดย่อ

ทฤษฎีหลักของกฎหมายบริษัทที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายบริษัทที่สำคัญของโลก คือ ทฤษฎีบุคคลสมมติ (Fiction theory) และทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริง (Real entity theory) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ใช้อธิบายความเป็นบุคคลของบริษัท (Personality of company) ทฤษฎีกฎหมายทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวมีแหล่งกำเนิดในประเทศเยอรมัน และได้ขยายอิทธิพลไปยังฝรั่งเศส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ทฤษฎีบุคคลสมมติอธิบายว่า บริษัทเป็นบุคคลสมมติไม่มีตัวตน ความเป็นบุคคลของบริษัทรัฐเท่านั้นเป็นผู้ให้ บริษัทไม่สามารถประกอบกิจการนอกขอบวัตถุประสงค์ที่รัฐให้อิทธิพลของทฤษฎีนี้เป็นผลให้เกิดแนวความคิดการจำกัดอำนาจของบริษัทมิให้กระทำความผิดวัตถุประสงค์ (Ultra Vires) ขณะที่ทฤษฎีบุคคลที่แท้จริงมีความเห็นว่า การเป็นบุคคลของบริษัทเกิดจากการรวมตัวกันของบุคคลโดยธรรมชาติ มีอยู่และตั้งอยู่โดยธรรมชาติ บริษัทสามารถประกอบกิจการโดยปราศจากขอบอำนาจทั้งกิจกรรมในทางพาณิชย์และมิใช่ทางพาณิชย์ อิทธิพลของแนวความคิดของทฤษฎีบุคคลที่แท้จริงทำให้มีการบัญญัติกฎหมายว่า การจัดตั้งบริษัทไม่จำเป็นต้องมีวัตถุประสงค์ และบริษัทสามารถทำได้ทุกอย่างแม้นอกวัตถุประสงค์ก็ไม่ถือว่าทำเกินขอบอำนาจตามหลัก Ultra Vires ในปัจจุบัน กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ยอมรับทฤษฎีบุคคลที่แท้จริง เช่น เยอรมัน สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ แต่ในประเทศไทยยังมีปัญหาในการใช้ทฤษฎีกฎหมายบริษัท เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จำกัดความสามารถของบริษัทไม่ให้เป็นผู้เริ่มก่อการบริษัท และบริษัทไม่สามารถทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ได้ แม้ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1023/1 บัญญัติว่ามีให้บริษัทยกเอามาตรา 1023 ขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้สุจริตเพื่อไม่ให้ต้องรับผิด โดยอ้างว่าบริษัทหรือกรรมการไม่มีอำนาจกระทำการก็ตาม แต่มาตรา 1167 บัญญัติว่าความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอก ให้บังคับตามกฎหมายตัวแทน บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแนวความคิดของทฤษฎีบุคคลสมมติยังคงมีอยู่ในกฎหมายนี้ ผู้เขียนได้เสนอแนะว่าเพื่อให้กฎหมายบริษัทของไทยสามารถพัฒนาไปตามความ

\* ผู้ช่วยคณบดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

เปลี่ยนแปลงของกฎหมายองค์กรธุรกิจในโลกปัจจุบัน จึงควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้สามารถรับเอาทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริงมาใช้บังคับแทนที่จะเป็นทฤษฎีความเป็นบุคคลสมมติ

## ABSTRACT

Major corporate theories are fiction theory and real entity theory. The theories were developed in Germany in the 19<sup>th</sup> century. The theories explain concept of corporate personality. The fiction theory explains that personality of company is granted by state and corporation's scope of business is also allowed by the state. Consequently, incorporation shall be permitted by state and corporation's scope of business is limited by state. While the real entity describes that legal entity of company created by its members, it actually exists and company is capable to hold, without limitation of scope of business, commercial or non-commercial activities. The concept of this real entity theory refuses concept of *Ultra Vires Doctrine*. Today, most countries, including Germany, UK, US, Singapore adopt the real entity theory. Incorporation under the law of those countries can be without objects. Presently, the *Ultra Vires Rule* becomes a tool for preventing corporations from holding unlawful objects. In Thailand, the Civil and Commercial Code and the Public Company Limited Act B.E. 2535 (1992) limit ability of companies due to the laws do not allow a corporation to become an incorporator and it cannot act beyond its objects. Although the Civil and Commercial Code section 1023/1 says that company cannot under section 1023 to resist with the right of third person by purport company or director no power to perform; however, section 1167 states that the relations between the directors, the company and third party are governed by the law of agency. This section shows that the fiction theory still exists in Thai corporation laws while the real entity theory adopted by other countries. To develop Thai corporation laws to meet the change of business organizations in the world, the writer recommends that Thailand should revise the company laws to adopt the real entity theory rather than follows the fiction theory.

บทความนี้จะวิเคราะห์ทฤษฎีความเป็นบุคคลทางกฎหมายของบริษัท (Legal personality of corporations) ได้แก่ทฤษฎีบุคคลสมมติ (Fiction Theory) และทฤษฎีบุคคลที่แท้จริง (Real Entity Theory) ประกอบหลักการกระทำนอกอำนาจ (Ultra Vires Doctrine) เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาการใช้ทฤษฎีกฎหมายบริษัทในประเทศไทย โดยแบ่งเนื้อหาของบทความออกเป็น 5 หัวข้อ ประกอบด้วย 1. ความสำคัญของทฤษฎีกฎหมายบริษัท 2. ความเป็นมาของทฤษฎีกฎหมายบริษัท 3. ทฤษฎีความเป็นบุคคลของบริษัทในกฎหมายบริษัทของต่างประเทศ 4. ปัญหาการใช้ทฤษฎีกฎหมายบริษัทในประเทศไทย 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ ตามลำดับ

บทความนี้จะวิเคราะห์เฉพาะปัญหาเกี่ยวกับความสามารถของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

## 1. ความสำคัญของทฤษฎีกฎหมายบริษัท

ทฤษฎีกฎหมายบริษัทมีเพียงมีความสำคัญต่อกำเนิด การพัฒนา และการใช้หรือการตีความกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีสำคัญต่อการสร้างสภาพบุคคลของบริษัท (Personality of corporations) อีกด้วย ทฤษฎีกฎหมายบริษัทได้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 และมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายบริษัทของประเทศต่าง ๆ ตลอดมา ทฤษฎีที่ใช้อธิบายสภาพบุคคลของบริษัท คือ ทฤษฎีบุคคลสมมติ (Fiction Theory) และทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริง (Real Entity Theory) ทั้งสองทฤษฎีมีกำเนิดในประเทศเยอรมันและได้ขยายอิทธิพลไปยังประเทศในภาคพื้นยุโรป อังกฤษ และสหรัฐในเวลาต่อมา

ทฤษฎีกฎหมายบริษัทได้แยกความเป็นบุคคลของบริษัทออกจากผู้ถือหุ้นและทำให้ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัด บริษัทยุคใหม่ของประเทศส่วนใหญ่จึงเป็นบริษัทจำกัดความรับผิดชอบ (limited liability corporations) ศาสตราจารย์ เอ็น. เอ็ม. บัทเลอร์ (N.M. Butler) แห่งมหาวิทยาลัยโคลัมเบียกล่าวยกย่องทฤษฎีกฎหมายนี้ว่า “บริษัทจำกัดความรับผิดชอบเป็นสิ่งค้นพบที่ยิ่งใหญ่เพียง สิ่งเดียวของยุคใหม่ ทำให้ความสำคัญของการค้นพบเครื่องจักรไอน้ำและไฟฟ้ามีน้อยกว่าความสำคัญของบริษัทความรับผิดชอบจำกัด”<sup>1</sup>

นอกจากนี้ L.C.B. Gower นักกฎหมายชาวอังกฤษ ยังได้กล่าวถึงความสำคัญของกฎหมายบริษัทยุคใหม่ว่า เป็นเครื่องมือสร้างสิ่งที่มีมนุษย์ไม่สามารถทำได้<sup>2</sup> โดยผลของทฤษฎีกฎหมายบริษัทนี้ทำให้กฎหมายบริษัทยุคใหม่มีหน้าที่สำคัญสองประการ คือ หน้าที่สร้างอำนาจ (enabling function) และหน้าที่สร้างกฎเกณฑ์ (regulating function) ในด้านการสร้างให้บริษัทมีอำนาจนั้น ทำให้บริษัทมีสิทธิและหน้าที่เป็นของตนเอง บริษัทสามารถแสดงเจตนา สามารถเป็นเจ้าของนี้ ลูกหนี้สามารถเป็นโจทก์และจำเลยได้ และในด้านการสร้างหลักเกณฑ์นั้น กฎหมายได้สร้างความสัมพันธ์

<sup>1</sup> Janet Dine, **Company Law** (China: Law Press, 2001), p. 1.

<sup>2</sup> L.C.B. Gower, **Principles of Modern Company Law** (London: Sweet & Maxwell, 1992), p. 7.

ระหว่างผู้ถือหุ้น กรรมการ กับบริษัท และบุคคลภายนอก ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ในการจัดสรรผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้อย่างสมดุลย์

ปัญหาความเป็นบุคคลของบริษัทภายใต้ทฤษฎีกฎหมายดังกล่าวได้ถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียงอยู่เสมอ คือ ปัญหาว่าความเป็นนิติบุคคลของบริษัทคืออะไร? บริษัทเป็นบุคคลที่แท้จริงหรือบุคคลที่เกิดจากจินตนาการ? บริษัทเป็นบุคคลตามธรรมชาติหรือบุคคลสมมติ? บริษัทเป็นบุคคลที่สร้างขึ้นโดยกฎหมายหรือเกิดขึ้นตามธรรมชาติ? บริษัทเป็นบุคคลหรือไม่เป็นบุคคล? แม้ข้อถกเถียงต่อปัญหาดังกล่าวได้ลดระดับลงไปในช่วงเวลา แต่ในช่วงประมาณสามทศวรรษที่ผ่านมาถึงปัจจุบัน ความสนใจในเรื่องนี้ได้กลับมาอีก ดังจะเห็นได้จากมีงานเขียนทางวิชาการเกี่ยวกับเรื่องนี้ในรูปแบบที่หลากหลาย เช่น บทความทางวิชาการ งานวิจัย ตำรา เหตุผลที่สำคัญประการหนึ่งที่สำคัญของทฤษฎีกฎหมายบริษัทได้รับความสนใจอย่างกว้างขวางในยุคนี้ คือ ความเป็นโลกาภิวัตน์ (globalization) ได้เป็นปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้มีความต้องการสร้างกฎเกณฑ์ของกฎหมายบริษัทหรือกฎหมายองค์กรธุรกิจให้มีรูปแบบเป็นอย่างเดียวกัน (harmonization of companies law) ทั่วภูมิภาคแม้กระทั่งทั่วโลก แต่พื้นฐานที่จะทำให้กฎหมายบริษัทเป็นอย่างเดียวกันได้ จำเป็นจะต้องทำให้แนวความคิดของทฤษฎีกฎหมายบริษัทตกผลึกและเห็นร่วมกันเสียก่อน เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงได้มีการจัดเวทีสัมมนาทางวิชาการสำคัญ ๆ ขึ้นในประเทศต่าง ๆ เป็นระยะ ๆ ตลอดมา<sup>3</sup>

แม้ประเทศไทยจะรับเอาแนวความคิดความเป็นบุคคลของบริษัทมาใช้มานานนับร้อยปีแล้วก็ตาม แต่ไม่มีใครมีการศึกษาและกล่าวถึงทฤษฎีกฎหมายบริษัทมากนัก แม้จะมีการกล่าวไว้ในหนังสือหรือตำราอยู่บ้าง แต่ก็เพียงย่อเน่ย ผิดเพี้ยน นอกจากนี้การศึกษากฎหมายในมหาวิทยาลัยไม่ว่าระดับปริญญาตรี หรือระดับบัณฑิตศึกษา แทบจะไม่มีใครศึกษาเรื่องนี้อย่างจริงจัง จึงทำให้ขาดการวิพากษ์วิจารณ์ ทำให้แนวความคิดของผู้ใช้กฎหมายบริษัทยังอยู่ที่เดิม ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การพัฒนากฎหมายบริษัทของไทยยังไม่สอดคล้องทันกับการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายบริษัทที่ใช้อยู่ในประเทศที่พัฒนาแล้ว การใช้และการตีความกฎหมายขององค์กรบังคับใช้กฎหมายบริษัทบางกลุ่มยังคงยึดมั่นอยู่กับแนวความคิดของกฎหมายบริษัทในศตวรรษที่ 19

## 2. ความเป็นมา และแนวความคิดของทฤษฎีกฎหมายบริษัท

ทฤษฎีกฎหมายบริษัทมีความเป็นมาและมีแนวความคิดอย่างไร มีข้อพิพาทดังนี้

<sup>3</sup>Nicholas H.D. Foster, "Company Law Theory in Comparative: England and France," The American Journal of Comparative Law 4 (Autumn, 2000): 273 – 276.

## 2.1 ความเป็นมาของทฤษฎีกฎหมายบริษัท

แนวความคิดของบริษัทมิใช่เป็นเรื่องใหม่ เพราะมีมาตั้งแต่ยุคโรมัน แต่แนวความคิดของความเป็นบุคคลของบริษัทในขณะนั้นยังไม่มี ความชัดเจน จนกระทั่งช่วงศตวรรษที่ 13 แนวความคิดเรื่องความเป็นบุคคลของบริษัทได้ปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายศาสนาคริสต์ (cannon law system) โดย Pope Innocent IV ได้อธิบายว่าบริษัท (Corporation-universitates) ไม่สามารถสาบานตน (take an oath) หรือสวดขอพร หรือสื่อสารได้ เพราะไม่มีตัวตน และไม่มี จิตวิญญาณ จึงมิใช่บุคคลที่แท้จริง แต่เป็นเพียงบุคคลสมมติหรือบุคคลที่เกิดจากจินตนาการ (being fictitious or imaginative person) ความเป็นตัวตนของบริษัทเกิดจากการปรุงแต่งขึ้น<sup>4</sup>

อิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวของกฎหมายศาสนาคริสต์กลายเป็นต้นกำเนิดของแนวความคิดว่าบริษัทเป็นบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ร่วมกันเป็นโครงสร้างของบริษัท<sup>5</sup> ต่อมาช่วงต้นของกลางศตวรรษที่ 19 Friedrich Carl von Savigny นักปรัชญาสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายชาวเยอรมัน ได้นำแนวความคิดของกฎหมายศาสนาคริสต์มาศึกษา จนทำให้เกิดทฤษฎีบุคคลสมมติ (Fiction theory) และมีอิทธิพลต่อกฎหมายบริษัทมาเป็นเวลาอันยาวนาน โดยที่แนวความคิดของทฤษฎีนี้ไม่ยอมรับว่านิติบุคคลมีตัวตนอยู่จริง จึงเสนอว่าให้การก่อตั้งนิติบุคคลเป็นไปโดยรัฐเป็นผู้ให้สิทธิ ต่อมาจึงเรียกทฤษฎีนี้อีกชื่อหนึ่งว่าทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลโดยรัฐให้อำนาจหรือทฤษฎีการให้สัมปทาน (Grant theory) ทฤษฎีนี้ไม่สนับสนุนแนวความคิดเสรีภาพในการรวมกลุ่ม แต่เป็นทฤษฎีที่จำกัดเสรีภาพในการรวมกลุ่ม<sup>6</sup> ทฤษฎีบุคคลสมมติถูกเรียกชื่ออื่น ๆ อีกหลายชื่อ คือ ทฤษฎีบุคคลเทียม (Artificial personality theory) ทฤษฎีการให้สัมปทาน (concession theory) และทฤษฎีระดับโครงสร้าง (hierarchical theory)<sup>7</sup>

Georg Beseler นักปรัชญาชาวเยอรมันผู้มีชื่อเสียงคนหนึ่งของสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นบุคคลที่เริ่มต้นจุดประกายความคิดว่าบริษัทเป็นบุคคลตามธรรมชาติ โดยในปี 1843 เขาได้เขียนหนังสือเกี่ยวกับแนวความคิดของความเป็นนิติบุคคลในลักษณะโต้แย้งความคิดเห็นของ Savigny แต่หนังสือของเขาก็มิได้พัฒนาให้เป็นทฤษฎีกฎหมาย จนกระทั่งสองทศวรรษต่อมา Otto von Gierke ซึ่งเป็นลูกศิษย์ของ Beseler ได้พัฒนาแนวความคิดของ Beseler เป็นทฤษฎีการเป็นนิติบุคคลโดยการรวมกลุ่ม (Theory of group legal personality) เป็นทฤษฎีการเมืองที่

<sup>4</sup>Ignas Vegele, EC Law: Introductory Remarks, ที่ <http://www.mruni.eu>, (last visited 1 January 2013).

<sup>5</sup>Arthur Machen, "Corporate Personality," Harvard Law Review, 24 No. 4 (1911): 1.

<sup>6</sup>Ron Harris, "The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business," Washington & Lee Law Review, 63 (2006): 1424.

<sup>7</sup>Michael J. Phillips, "Reappraising the Real Entity Theory of the Corporation," FLA. ST. U.L. Review (1994) ใน Ron Harris, The Transplantation of Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business: 1424.

ส่งเสริมเสรีภาพการรวมกลุ่มของผู้ใช้แรงงาน และเป็นทฤษฎีที่ต่อต้านแนวความคิดของ Savigny ทฤษฎีของ Gierke ได้ถูกสร้างเป็นทฤษฎีนิติบุคคลที่แท้จริง (Real entity theory) หรือทฤษฎีนิติบุคคลโดยธรรมชาติ (Natural entity theory) ในเวลาต่อมา<sup>8</sup>

อีกทฤษฎีหนึ่งที่เกิดขึ้นในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นทฤษฎีองค์กรธุรกิจใหม่ที่สุดเมื่อเทียบกับทฤษฎีบริษัททั้งสองทฤษฎีข้างต้น คือ ทฤษฎีสัญญา (Contract theory) หรือทฤษฎีการรวมกลุ่ม (Aggregate theory) หรือทฤษฎีห้างหุ้นส่วน (Partnership theory) ซึ่งได้อธิบายความเป็นนิติบุคคลโดยการรวมกลุ่มด้วยความสมัครใจและความตกลงยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วน (a voluntary and consensual undertaking of their members) ถือได้ว่าทฤษฎีนี้ให้กำเนิดทฤษฎีนิติบุคคลรูปแบบใหม่ (a new legal entity) แต่การให้กำเนิดนิติบุคคลภายใต้ทฤษฎีนี้กระทำผ่านกฎหมายเอกชน (private law) แทนที่จะกระทำผ่านกฎหมายมหาชนอย่างทฤษฎีบุคคลสมมติและทฤษฎีบุคคลที่แท้จริง<sup>9</sup>

ทฤษฎีความเป็นบุคคลของบริษัทมีอิทธิพลต่อกฎหมายบริษัทจำกัดของไทยมาตั้งแต่การร่างพระราชบัญญัติหุ้นส่วนบริษัท ร.ศ. 130 (พ.ศ. 2454 หรือ ค.ศ. 1911) และมีอิทธิพลต่อการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยอมรับความเป็นบุคคลของห้างหุ้นส่วนและบริษัท ดังจะเห็นได้จากที่มาตรา 1015 บัญญัติว่า “ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น”

## 2.2 แนวความคิดของทฤษฎีบุคคลสมมติ (Fictitious Entity Theory) และทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริง (Real Entity Theory)

แนวความคิดของทฤษฎีทั้งสองทฤษฎีมีความแตกต่างกันอย่างไร มีข้อพิจารณา ดังนี้

### (1) ทฤษฎีบุคคลสมมติ (Fiction Entity Theory)

ทฤษฎีแรกที่ปรากฏขึ้นทั้งในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน คือ ทฤษฎีบุคคลสมมติหรือที่นิยมเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าทฤษฎีการให้อนุญาตโดยรัฐ (Grant theory) ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่าการรวมกลุ่มกันของบุคคลไม่ทำให้มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคล (Incorporation) ความเป็นนิติบุคคลเป็นอำนาจผูกขาดของรัฐ (monopoly of the state) รัฐเท่านั้นสามารถจัดตั้งกลุ่มบุคคลให้เป็นนิติบุคคล รัฐจึงเป็นผู้ให้สภาพนิติบุคคล สิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคล (legal personality) จะมีเพียงใดเป็นไปตามดุลพินิจของรัฐ ด้วยเหตุผลนี้จึงมีการสร้าง

<sup>8</sup> Ron Harris, Ibid., pp. 1427 – 1429.

<sup>9</sup> David Million, “Theories of the Corporation,” Duke Law Journal (1990): 201, 202 – 203, 235.

ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทผ่านกฎหมายมหาชน (public law) ซึ่งเชื่อมโยงกับทฤษฎีสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law School)<sup>10</sup>

Savigny ผู้ให้กำเนิดทฤษฎีนี้ได้เริ่มต้นความคิดโดยตั้งคำถามความเป็นเจ้าของทรัพย์สินในบริษัทว่า “ใครหรืออะไรคือเจ้าของที่แท้จริง (real owner) ในทรัพย์สินเหล่านี้? นักทฤษฎีจำนวนมากต่างก็พยายามหาคำตอบของปัญหาดังกล่าวที่แตกต่างกันออกไป แต่ Savigny ได้ให้คำตอบว่าทรัพย์สินเหล่านั้นตกแก่บุคคลสมมติใช้ตกแก่บุคคลธรรมดา และทรัพย์สินนั้นตกเป็นของบริษัทตามเจตจำนงของผู้เป็นเจ้าของบริษัท (ผู้เขียนคิดว่าคำว่าเจ้าของในที่นี้ Savigny น่าจะหมายถึงผู้ถือหุ้นบริษัท) เขาได้สรุปว่าบริษัทไม่สามารถมีเจตจำนงที่แท้จริง (real will) แต่บริษัทสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ในฐานะเป็นบุคคลสมมติ<sup>11</sup> ทฤษฎีของ Savigny ได้รับการยอมรับในฝรั่งเศสมาตั้งแต่ช่วงเวลาที่เกิดทฤษฎีนี้จนต้นศตวรรษที่ 20 และนักกฎหมายในระบบกฎหมาย common law ได้ยอมรับให้ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีดั้งเดิมของระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน<sup>12</sup>

## (2) ทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลที่แท้จริง (Real Entity Theory)

ทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลที่แท้จริงหรือที่รู้จักในชื่ออื่นว่าทฤษฎีความเป็นนิติบุคคลธรรมชาติ (Natural entity theory) หรือทฤษฎีอวัยวะหรือทฤษฎีบุคคลที่แท้จริง (Organic theory หรือ Real entity theory) พัฒนามาจากทฤษฎีการเป็นนิติบุคคลโดยการรวมกลุ่มของบุคคล (Theory of group legal personality) ของ Gierke ทฤษฎีนี้อธิบายความเป็นบุคคลของนิติบุคคลว่า การเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของการรวมกลุ่มโดยบุคคลทำให้เกิดเป็นนิติบุคคล ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมีอยู่มาก่อนกฎหมาย (pre-legal หรือ extra-legal) กฎหมายมิใช่เป็นผู้สร้างนิติบุคคลของบริษัท แต่กฎหมายได้ยอมรับให้บริษัทเป็นนิติบุคคลตามความเป็นจริงเท่านั้น กล่าวได้ว่าทฤษฎีนิติบุคคลธรรมชาติของ Gierke เป็นทฤษฎีที่มีความเห็นต่อต้านทฤษฎีบุคคลสมมติ เพราะทฤษฎีนี้ได้อธิบายความเป็นนิติบุคคลของบริษัทไปในทางตรงกันข้ามกับความเห็นในทฤษฎีของ Savigny<sup>13</sup>

## 3. ทฤษฎีความเป็นบุคคลของบริษัทในกฎหมายบริษัทของต่างประเทศ

ทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริงของบริษัทมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายบริษัทของเยอรมัน อเมริกัน และอังกฤษหรือไม่อย่างไร แยกพิจารณาดังนี้

### 1. อิทธิพลต่อระบบกฎหมายบริษัทของเยอรมัน

โดยที่แนวความคิดความเป็นบุคคลที่แท้จริงของบริษัทมีกำเนิดในเยอรมัน และมีอิทธิพลต่อกฎหมายบริษัทของเยอรมันมาตั้งแต่ตอนกลางศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีนี้เริ่มต้นจากทฤษฎี

<sup>10</sup> Mark H. Hager, “Bodies Politics: The Progressive of Organizational “Real Entity” Theory,” U. PITT. Review, 50 (1989): 575, 583 – 585 ใน Ron Harris: 1425.

<sup>11</sup> Arthur Machen, *Ibid.*, 1 – 2.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Ron Harris, *Ibid.*: 1427 – 1435.

ทางการเมือง (Political theory) ของ Gierke โดยเขาให้การสนับสนุนเสรีภาพในการรวมตัวในการก่อตั้งสหภาพของผู้ใช้แรงงาน (Trade union) และเสรีภาพในการรวมกลุ่มจัดตั้งพรรคการเมือง ภายใต้หลักเสรีภาพในการรวมกลุ่ม (Freedom of association) นักปรัชญาผู้นี้ได้แสดงความเห็นว่าการรวมกลุ่มของบุคคลเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ และผลของการรวมกลุ่มทำให้เกิดเป็นบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นสมาชิก (separate entity from its members) ทฤษฎีนี้ทำให้เกิดแนวความคิดว่าบริษัทเป็นบุคคลตามธรรมชาติหรือเป็นบุคคลที่แท้จริง มิใช่เกิดจากการให้อำนาจโดยรัฐตามแนวความคิดของทฤษฎีการให้อำนาจโดยรัฐ (grant theory) ของ Savigny ถือกันว่าทฤษฎีความเป็นบุคคลตามธรรมชาติของ Gierke ได้ท้าทายทฤษฎีการให้อำนาจโดยรัฐ<sup>14</sup> จากอิทธิพลของทฤษฎีของ Gierke ทำให้เกิดแนวความคิดในเวลาต่อมาว่าบริษัทสามารถจัดตั้งขึ้นโดยไม่จำกัดวัตถุประสงค์หากเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (any lawful purposes) ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไร บริษัทของเยอรมันจึงเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นและผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัด แม้ว่าบริษัทมิได้มีวัตถุประสงค์ประกอบกิจการที่แสวงหากำไร<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันกำหนดให้บริษัทมีสถานะเป็นพ่อค้า (merchant) สามารถประกอบกิจการที่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่จำกัด ฉะนั้น การจัดตั้งบริษัทจึงไม่จำเป็นต้องระบุวัตถุประสงค์ ด้วยเหตุนี้หลักการทำเกินขอบอำนาจของบริษัท (Ultra Vires Doctrine) จึงไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายบริษัทของเยอรมัน<sup>16</sup> ในช่วงตอนปลายศตวรรษที่ 20 อิทธิพลของแนวความคิดทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริงมิได้อยู่แต่ในเยอรมันเท่านั้น ยังแผ่ขยายไปทั่วทั้งภาคพื้นยุโรป ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือ ในช่วงกลางศตวรรษที่ 20 ประชาคมยุโรปได้ออกกฎหมายประชาคมยุโรปปี 1972 (The European Communities Act 1972) โดยมาตรา 9 (1) บัญญัติว่าการกระทำโดยผู้แทนนิติบุคคลของบริษัทต้องผูกพันบริษัทแม้ว่าการกระทำนั้นอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท และ (2) บัญญัติว่า การจำกัดอำนาจของผู้แทนนิติบุคคลของบริษัทโดยกฎหมายหรือโดยผู้แทนขององค์กร ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก แม้ว่าบุคคลภายนอกทราบวัตถุประสงค์ของบริษัทนั้นแล้ว<sup>17</sup>

ทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริงมิได้นำไปใช้กับบริษัทเท่านั้น แต่ยังนำไปใช้กับห้างหุ้นส่วนด้วย ดังจะเห็นได้จากในปี 2002 ศาล Federal Civil Court of Justice ของเยอรมันได้ตัดสินว่าห้างหุ้นส่วนทางพาณิชย์ (commercial partnership) เป็นนิติบุคคลในตัวเอง (commercial

<sup>14</sup> Ibid.: 1430 – 1436.

<sup>15</sup> Mads Andenas and Frank Wooldridge, **EUROPEAN COMPARATIVE COMPANY LAW** (London: Cambridge University Press, 2009), p. 116.

<sup>16</sup> Beretka Katinka, “Concept of Single Member Companies in the Light to the EU Harmonization,” (Master of Laws Degree, Central European University, 2010), p. 12.

<sup>17</sup> Stephen Griffin, “The Rise and Fall of *Ultra Vires* Rule in Corporation Law,” Mounthbatten Journal of Legal Studies –Southampton Solent University, 2 (June, 1998): 17 – 20.



partnership has its own legal personality) ซึ่งหมายถึงว่า ห้างหุ้นส่วนเป็นบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน คำพิพากษาของศาลในคดีนี้เป็นผลดีต่อเจ้าหนี้ในแง่ที่ว่าเจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องให้ห้างหุ้นส่วนทางพาณิชย์ให้รับผิดชอบเป็นส่วนตัวได้ ซึ่งแต่เดิมนั้นเจ้าหนี้ต้องฟ้องผู้เป็นหุ้นส่วน และหากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่มีทรัพย์สินในเยอรมันก็จะทำให้เจ้าหนี้เสียหาย นักกฎหมายเยอรมันถือว่าคำพิพากษาของศาลในปี 2002 ได้เปลี่ยนแปลงหลักการความรับผิดชอบของห้างหุ้นส่วนที่มีอยู่แต่เดิมและเป็นการรับรองให้การรวมกลุ่มของบุคคลมีสภาพนิติบุคคล<sup>18</sup> จากคำพิพากษาของศาลเยอรมันในคดีนี้ทำให้เห็นประการหนึ่งว่า ศาลได้ยืนยันและรับรองความเป็นนิติบุคคลโดยธรรมชาติของคณะบุคคลที่รวมกันประกอบกิจการตามกฎหมายที่แท้จริงของ Gierke

## 2. อิทธิพลต่อระบบกฎหมายบริษัทอังกฤษ

ในระหว่างศตวรรษที่ 17 ถึง ศตวรรษที่ 18 การจัดตั้งบริษัทในอังกฤษไม่ถือว่าเป็นเสรีภาพ เพราะเหตุว่าการจัดตั้งบริษัทต้องได้รับพระบรมราชานุญาต หรือจากสภา กิจการที่ได้รับอนุญาตจากรัฐเป็นกิจการผูกขาด เช่น การขุดคลอง การค้าระหว่างประเทศ ประกันภัย ธนาคาร บริษัทขนาดใหญ่ในศตวรรษที่ 17 ส่วนใหญ่เป็นของรัฐบาล เช่น บริษัทอีสต์ อินเดีย (the East India Company) ธนาคารแห่งประเทศอังกฤษ (Bank of England) แม้ว่าต่อมาในศตวรรษที่ 19 อังกฤษได้ตรากฎหมายบริษัทออกใช้บังคับแล้ว แต่แนวความคิดความเป็นนิติบุคคลของบริษัทก็ยังไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายมากนัก ทั้งนี้ มีสาเหตุหลายประการ ประการแรกเพราะก่อนหน้านี้ได้ปรากฏวิสาหกิจที่แสวงหากำไรซึ่งไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล (unincorporated business enterprises) อยู่จำนวนมาก ประการที่สองความเติบโตของบริษัทมหาชน ประการที่สามเกิดแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการจัดตั้งนิติบุคคล ประการที่สี่มีแนวความคิดเรื่องความรับผิดชอบจำกัดของบริษัทเอกชนจำกัด<sup>19</sup> การที่อังกฤษยึดถือทฤษฎีบุคคลสมมติหรือทฤษฎีรัฐให้อำนาจอย่างเคร่งครัดเป็นผลให้บริษัทไม่สามารถกระทำการนอกวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาตจากรัฐ (charter) แม้ว่าผู้ถือหุ้นจะมีมติเป็นเอกฉันท์ให้บริษัททำการนอกวัตถุประสงค์ ก็ไม่อาจบล้างความไม่สมบูรณ์ของการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทได้<sup>20</sup> แนวความคิดของหลักการทำนอกขอบอำนาจ (Ultra Vires Doctrine) มีว่าผู้ถือหุ้นไม่มีอำนาจสร้างวัตถุประสงค์ของบริษัท วัตถุประสงค์ของบริษัทรัฐเท่านั้นเป็นผู้ให้ จากแนวความคิดดังกล่าวจึงทำให้มีแนวความคิดการจำกัดความสามารถของบริษัทในเวลา

<sup>18</sup>Patrick C. Leyens, "Germany Company Law: Recent Developments and Future Challenges," German Law Journal, 06 (2006): 1407 – 1408.

<sup>19</sup>คำว่า "member" ในกฎหมายอังกฤษหมายถึงผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในบริษัท (ความเห็นของผู้เขียน).

<sup>20</sup>David Millon, "THEORIES OF THE CORPORATION," Duke Law Journal, Vol. 1990: 201: 209.

ต่อมา ศาลอังกฤษนำหลักนี้ไปใช้ควบคุมการทำสัญญาของบริษัท เช่น ศาลฎีกา (House of Lords) ตัดสินในคดีต่าง ๆ ว่าบริษัทไม่สามารถทำนอกขอบวัตถุประสงค์ได้<sup>21</sup>

ประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นระบบฉบับแรกในปี ค.ศ. 1844 เรียกชื่อว่า พระราชบัญญัติบริษัท ปี 1844 (The Company Act of 1844) นับตั้งแต่นั้น เป็นต้นมาการจัดตั้งบริษัทไม่ต้องได้รับพระบรมราชานุญาตหรือจากสภาอีกต่อไป ถือได้ว่ากฎหมายบริษัทฉบับนี้ได้ยกเลิกอำนาจของรัฐในการอนุญาตการจัดตั้งบริษัทให้เป็นนิติบุคคล จึงเป็นผลให้การจัดตั้งบริษัทสามารถทำได้ง่ายขึ้น ประกอบกับมีกฎหมายห้ามมิให้มีการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนเพื่อประกอบกิจการขนาดใหญ่ จึงทำให้การประกอบกิจการในรูปของบริษัทได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอังกฤษก็ยังไม่ได้ให้ความสนใจทฤษฎีกฎหมายบริษัทมากนัก เพราะอาจเห็นว่าเสรีภาพในการจัดตั้งบริษัทยังสามารถเป็นเครื่องมือในการจัดตั้งบริษัทได้อย่างมีประสิทธิภาพอยู่ จนกระทั่งเมื่อปี 1897 F.W. Maitland ได้นำทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริงของ Gierke เข้าไปเผยแพร่ในอังกฤษ และในปีเดียวกันนี้ศาลฎีกาของอังกฤษ (The House of Lords) ได้ตัดสินในคดี Salomon v. Salomon & Co. ภายใต้ The Company Act of 1862 ว่า บริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น คำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีนี้ได้ยืนยันและรับรองหลักความเป็นบุคคลของบริษัท ทำให้ทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริงของบริษัทได้รับความนิยมอย่างกว้างขวางในอังกฤษ<sup>22</sup> สำหรับปัญหาเกี่ยวกับความสามารถของบริษัทที่ว่าบริษัทสามารถเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทได้หรือไม่ ศาลอุทธรณ์ไควินิจฉัยไว้ในคดี Re Leeds & Hanley Theater of Varieties Ltd (1902) ว่า “ผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทไม่จำเป็นต้องเป็นมนุษย์ (human) บริษัทก็อาจเป็นผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทได้”<sup>23</sup> คดีนี้สืบเนื่องมาจากที่กฎหมายบริษัทบัญญัติว่า “บุคคลใด ๆ” (any person) มีสิทธิเข้าชื่อในหนังสือบริคณห์สนธิตั้งบริษัทได้ แต่กฎหมายมิได้บัญญัตินิยามคำว่า “บุคคลไว้” แต่ศาลได้ตีความตีความว่าบุคคลหมายความว่ารวมถึงนิติบุคคลด้วย

โดยอิทธิพลของทฤษฎีนิติบุคคลที่แท้จริงที่มีอยู่ในทวีปยุโรป ประกอบกับอังกฤษเป็นประชาคมเศรษฐกิจยุโรป อังกฤษจึงได้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายบริษัทในปี 1985 (Companies Act 1985) เพื่อปฏิบัติตาม Directive ปี 1972 ของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป โดยกฎหมายบริษัทฉบับปี 1985 อนุญาตให้ตั้งบริษัทได้โดยไม่ต้องมีวัตถุประสงค์ และการกระทำเกินขอบวัตถุประสงค์ไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก<sup>24</sup> จากการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวของอังกฤษทำให้หลัก Ultra Vires ที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายอังกฤษเป็นเวลาหลายร้อยปี มิได้นำมาใช้เพื่อจำกัดความสามารถ

<sup>21</sup> Stephen Griffin, “The rise and fall of the Ultra Vires Rule in corporate law,” Modern Journal of Legal Studies, Southampton Solent University, 2 (June, 1988): 6 – 9.

<sup>22</sup> Ron Harris, Ibid.: 1463 – 1465.

<sup>23</sup> Walter Woon, Company Law (Singapore: Longman Singapore Publishers, 1988) p. 75.

<sup>24</sup> Janet Dine, Company Law (China: Law Press, 2001), pp. 46 – 47.

ของบริษัทอีกต่อไป แต่นำไปใช้มิให้บริษัททำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น<sup>25</sup> นอกจากนี้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตามแนวของอังกฤษ เช่น สิงคโปร์ ได้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายบริษัทในปี 2003 เป็นว่าบริษัทมีความสามารถทำธุรกรรมได้ทุกอย่าง การจดทะเบียนบริษัทไม่จำเป็นจะต้องระบุวัตถุประสงค์ แม้ระบุวัตถุประสงค์ก็ไม่อาจอ้างเอาการกระทำเกินอำนาจต่อผู้บุคคลภายนอกเพื่อมิให้บริษัทต้องผูกพันในสัญญานั้นได้<sup>26</sup>

### 3. อิทธิพลต่อระบบกฎหมายบริษัทของสหรัฐอเมริกา

กฎหมายบริษัทของอเมริกาเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ อย่างไรก็ตามตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 19 จนถึงต้นศตวรรษที่ 20 กฎหมายบริษัทของรัฐส่วนใหญ่อยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีบุคคลสมมติ จะเห็นได้จากที่ศาลฎีกา (Supreme Court) ของสหรัฐได้ตัดสินในคดี Dartmouth College v. Woodward (1819) ว่า “บริษัทเป็นบุคคลสมมติ (artificial being) ไม่สามารถมองเห็น ไม่มีรูปร่าง และดำรงอยู่ด้วยอำนาจของกฎหมาย นิติบุคคลเกิดขึ้นโดยการสร้างของกฎหมาย.....” ในยุคดังกล่าวการจัดตั้งบริษัทในสหรัฐต้องได้รับอนุญาตจากรัฐสภาของมลรัฐทำนองเดียวกับการตั้งบริษัทต้องได้รับพระบรมราชานุญาตในอังกฤษ การจัดตั้งบริษัทมิใช่เป็นเสรีภาพ รัฐสภาจะอนุญาตให้จัดตั้งบริษัทเฉพาะกิจการที่รัฐส่งเสริมเท่านั้น การจัดตั้งบริษัทจึงทำได้ยาก แต่ตามความยากง่ายในการจัดตั้งบริษัทขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละรัฐ เช่น รัฐนิวเจอร์ซีย์มีการอนุญาตให้จัดตั้งบริษัทประกอบกิจการได้กว้างขวางกว่ารัฐอื่น จึงดึงดูดให้นักลงทุนในรัฐอื่นเข้าไปตั้งบริษัทขนาดใหญ่ในรัฐนี้จำนวนมาก จึงทำให้มีการเลือกรัฐที่จะขออนุญาตตั้งบริษัท นอกจากนี้ยังปรากฏสถานการณ์ในการตั้งบริษัทเดียวกันในหลายรัฐ<sup>27</sup>

ในยุคต่อมาเกิดข้อถกเถียงสำหรับการจำกัดเสรีภาพในการจัดตั้งบริษัทในสหรัฐ โดยมีผลสืบเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญและบัญญัติสิทธิพื้นฐานของพลเมือง (Bill of Rights) ที่ปกป้องสิทธิต่าง ๆ ของ “บุคคล” และ “พลเมือง” ปัญหานี้ได้นำไปสู่ข้อสรุปว่า การจัดตั้งบริษัทต้องได้รับอนุญาตจากรัฐภายใต้แนวความคิดของทฤษฎีการให้อนุญาตโดยรัฐ (Grant theory) ไม่สามารถใช้จำกัดเสรีภาพของบุคคลที่จะจัดตั้งบริษัทได้ อย่างไรก็ตามยังคงมีแนวความคิดอยู่ว่าบริษัทเอกชนจำกัดต้องเกิดจากการจัดตั้งโดยการกระทำของผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัท (Incorporators) ในรูปของข้อตกลงสัญญาร่วมกันของผู้รวมเข้ากันจัดตั้งบริษัทนั้น ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของความสัมพันธ์ทางสัญญา ทุกประเภท แนวความคิดนี้มิใช่เพียงเป็นการวิพากษ์ทฤษฎีบุคคลสมมติโดยตรงแต่ยังเป็นการเสนอทางเลือกใหม่สำหรับการจัดตั้งบริษัท นั่นคือ ทฤษฎีสัญญาของความเป็นบุคคลของบริษัท (The Contract Theory of Corporate Personality) ซึ่งถือว่าการจัดตั้งบริษัททำโดยสัญญา และถือ

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Low Kee Yang, “CHANGES IN SINGAPORE COMPANY LAW.” At <http://www.accaglobal.com> (last visited 18 January 2013).

<sup>27</sup> Ron Harris, ibid.: 1467 – 1468.

ว่าเป็นทฤษฎีกฎหมายบริษัทของอเมริกันโดยแท้<sup>28</sup> การปกป้องสิทธิของบริษัทได้ปรากฏอย่างชัดเจนในปี 1886 โดย Supreme Court ได้ตัดสินคดี Santa Clara ว่า กฎหมายของรัฐที่ปฏิเสธคำขอจัดตั้งบริษัทของพลเมืองเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยผลของคำพิพากษาในคดีนี้ทำให้เกิดแนวความคิดว่ารัฐจะจัดเก็บภาษีจากทรัพย์สินของบริษัทมากกว่าของบุคคลธรรมดาไม่ได้ ซึ่งนั่นย่อมหมายความว่า บริษัทมีฐานะเป็นบุคคลที่แท้จริงเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ความเห็นของศาลฎีกาสหรัฐสอดคล้องกับทฤษฎีบุคคลที่แท้จริงหรือบุคคลตามธรรมชาติของ Gierke แม้ว่าในเวลานั้นแนวความคิดของทฤษฎีนี้ในอเมริกายังไม่เป็นที่รู้จักมากนัก ต่อมาเมื่อแนวความคิดของทฤษฎีความเป็นบุคคลของบริษัทเข้ามามีบทบาทในสหรัฐทำให้ทฤษฎีสัญญาไม่ได้รับความนิยม เพราะแนวความคิดของทฤษฎีสัญญาไม่สอดคล้องกับหลักเสียงข้างมาก เนื่องจากทฤษฎีสัญญาอยู่บนพื้นฐานของเสียงเอกฉันท์ (unanimous consent) จึงทำให้ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อยไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ<sup>29</sup>

Earnest Freund เป็นผู้นำทฤษฎีบุคคลที่แท้จริงของ Gierke เข้าไปเผยแพร่ในสหรัฐเป็นคนแรก โดยเมื่อปี 1897 เขาได้เขียนหนังสือชื่อ The Legal Nature of Corporations พิมพ์โดยมหาวิทยาลัยชิคาโก หนังสือของ Freund มีพื้นฐานมาจากดัชนีพนธ์ที่เขาเขียนขณะที่ศึกษาอยู่ที่มหาวิทยาลัยโคลัมเบีย ซึ่งต่อมาเขาเป็นอาจารย์พิเศษอยู่ที่มหาวิทยาลัยแห่งนี้ หนังสือของ Freund ได้รับความนิยมจากนักวิชาการร่วมสมัยในสหรัฐอย่างกว้างขวาง<sup>30</sup> ศาลฎีกาของสหรัฐนำทฤษฎีความเป็นบุคคลที่แท้จริงมาใช้เป็นครั้งแรกในคดี Hale v. Henkel ในปี 1906 โดยศาลได้ใช้ The Bill of Rights มาใช้คุ้มครองบริษัท ในคดีนี้ถือว่าการเริ่มต้นคุ้มครองบริษัทหลังจากที่มีการนำทฤษฎีบุคคลธรรมชาติเข้ามาในสหรัฐ<sup>31</sup>

โดยที่สหรัฐมีทฤษฎีสัญญา (Contract Theory) เป็นของตนเองและรับเอาทฤษฎี ความเป็นบุคคลที่แท้จริงเข้ามาจากเยอรมัน ซึ่งทฤษฎีกฎหมายทั้งสองทฤษฎีนี้มีมุมมองต่อความสัมพันธ์ของกรรมกรกับผู้ถือหุ้นและบริษัทแตกต่างกัน กล่าวคือ ทฤษฎีสัญญามีแนวความคิดว่ากรรมกรเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น (Shareholders' agents) ดังนั้น กรรมกรจึงมีอำนาจจำกัดตามที่ผู้ถือหุ้นกำหนด ขณะที่ทฤษฎีบุคคลที่แท้จริงมองว่ากรรมกรเป็นองคาพยพและเจตจำนงของบริษัท กรรมกรจึงมีอำนาจทั้งหมดของบริษัท แม้สหรัฐจะใช้หลัก Ultra Vires กับบริษัทด้วยก็ตาม แต่ใช้แตกต่างจากอังกฤษมาแต่เดิม เพราะสหรัฐไม่ได้นำหลักนี้ไปใช้จำกัดความสามารถของบริษัทมิให้กระทำเกินขอบวัตถุประสงค์หรือนอกขอบอำนาจอย่างอังกฤษ แต่นำไปใช้ควบคุมไม่ให้บริษัทกระทำการใด ๆ นอกขอบอำนาจของกฎหมาย เช่น กรณีบริษัทรองเท้าอเมริกันในเวียดนามใช้

<sup>28</sup> Ibid. : 1468.

<sup>29</sup> Ibid. : 1470 -1471.

<sup>30</sup> William W. Bratton, Berle and Means Reconsidered at the Century's Turn, Journal of Corporation Law, 32 (2001): 737, 743.

<sup>31</sup> Ron Harris, Ibid.: 1473.

แรงงานโดยจ่ายค่าแรงต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือบริษัทน้ำมันอเมริกันในพม่าใช้แรงงานทาส ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย<sup>32</sup>

#### 4. ปัญหาการใช้ทฤษฎีกฎหมายบริษัทในประเทศไทย

การจัดตั้งบริษัทในประเทศไทยก่อน พ.ศ. 2454 ต้องได้รับพระบรมราชานุญาตเป็นราย ๆ ไป เช่น บริษัทการขุดคลอง บริษัทรถราง ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายบริษัทอังกฤษในยุคศตวรรษที่ 17 ถึง ศตวรรษที่ 18 ต่อมาในปี พ.ศ. 2454 (ค.ศ. 1911) ได้ตราพระราชบัญญัติหุ้นส่วนบริษัท ร.ศ. 130 ออกมาใช้บังคับ โดยแบ่งหุ้นส่วนและบริษัทออกเป็น 3 ประเภท คือ หุ้นส่วนสามัญ หุ้นส่วนจำกัดสินใช้ และบริษัทจำกัดสินใช้ การจัดตั้งบริษัทไม่ต้องได้รับพระบรมราชานุญาตอีกต่อไป เว้นแต่การตั้งบริษัทเพื่อประกอบกิจการให้บริการสาธารณะ เช่น กิจการรถไฟ รถมราง ประกันภัย ฉะนั้น การจัดตั้งบริษัทในยุคนั้นจึงทำได้ 2 วิธี คือ ทำโดยได้รับพระบรมราชานุญาต และทำโดยจดทะเบียนจัดตั้งตามพระราชบัญญัติ ร.ศ. 130<sup>33</sup> กล่าวได้ว่าการจัดตั้งบริษัทโดยวิธีพระบรมราชานุญาตเป็นแนวความคิดของทฤษฎีรัฐให้อำนาจ (Grant theory) ที่มีอิทธิพลอยู่ในกฎหมายบริษัทของอังกฤษในช่วงก่อนหน้ากฎหมายบริษัทปี พ.ศ. 2454 (ร.ศ. 130) สำหรับกฎหมายบริษัทจำกัดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2471 พระยามานวราชเสวีให้ความเห็นว่า “พระราชบัญญัติบริษัทปี 1907 ของอังกฤษ นับเป็นกฎหมายต่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเมื่อปี พ.ศ. 2471 (ค.ศ. 1928) เป็นอย่างมาก”<sup>34</sup> โดยที่กฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของไทยได้รับอิทธิพลของแนวความคิดของกฎหมายบริษัทอังกฤษในยุคศตวรรษที่ 19 ซึ่งเดินตามแนวทางของทฤษฎีบุคคลสมมติ แนวความคิดนี้ยังคงปรากฏอยู่ในกฎหมายบริษัทจำกัดของไทยจนกระทั่งปัจจุบัน อาจด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงมีนักกฎหมายไทยจำนวนมากมีความคิดเห็นตามทฤษฎีบุคคลสมมติอยู่ ดังที่เมื่อนักกฎหมายบางฝ่ายอธิบายว่า “นิติบุคคลนั้น ถือว่าเป็นบุคคลสมมติขึ้นโดยผลของกฎหมาย จึงมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น นิติบุคคลมีอำนาจกระทำการกิจกรรมต่าง ๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์หรือกิจการที่

<sup>32</sup>Kent Greenfield, “Ultra Vires As Stakeholder Analysis of Corporate Illegality (with Notes on How Corporate Law Could Reinforce International Law Norms),” Social Science Research Network; at <http://www.papers.ssrn.com> (last visited 27 january 2013).

<sup>33</sup>หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน บริษัท สมาคม (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2503), หน้า 6-9 ตามที่อ้างใน ภาสกร ชุณหะวัณ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 22 -23.

<sup>34</sup>พระยามานวราชเสวี, ดัชนีที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามที่อ้างในสุโขทัย ธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 (นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัย ธรรมาธิราช, 2535), หน้า 56.

เกี่ยวเนื่องกับวัตถุประสงค์เท่านั้น....”<sup>35</sup> แต่ก็ยังมีนักกฎหมายบางส่วนที่มีความคิดเห็นไปตามทฤษฎีบุคคลที่แท้จริง เช่น อธิบายถึงความสามารถของบริษัทว่า “ว่ากันตามตัวอักษร นิติบุคคลก็เป็นบุคคล จึงน่าจะเป็นผู้เริ่มก่อการได้เช่นกัน.....”<sup>36</sup> อาจกล่าวได้ว่ากระทั่งปัจจุบันอิทธิพลของทฤษฎีความเป็นบุคคลสมมติของบริษัทยังมีสูงอยู่ในประเทศไทย

ปัญหาการใช้ทฤษฎีกฎหมายบริษัทในประเทศไทยที่สำคัญได้แก่ปัญหาความสามารถของบริษัท (Capacity of corporations) โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาว่าบริษัทสามารถเป็นผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทได้หรือไม่ประการหนึ่ง และปัญหาว่าบริษัทกระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ได้หรือไม่อีกประการหนึ่ง ปัญหาแรกสืบเนื่องมาจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1098 บัญญัติว่า “หนังสือบริคณห์สนธิ์นั้นต้องมีรายการดังต่อไปนี้ คือ (6) .....และลายมือชื่อของบรรดาผู้เริ่มก่อการ...” จึงเป็นเหตุให้นักกฎหมายบางกลุ่มตีความกฎหมายว่ากฎหมายต้องการให้บุคคลธรรมดาเท่านั้นเป็นผู้เริ่มก่อการ เพราะนิติบุคคลไม่สามารถลงลายมือชื่อได้<sup>37</sup> ต่อมาแนวความคิดนี้ได้ปรากฏอย่างชัดแจ้งในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 โดยมาตรา 16 บัญญัติว่า “ผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทต้องเป็นบุคคลธรรมดา” ปัญหาทำนองเดียวกันนี้เคยเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษเมื่อต้นศตวรรษที่ 20 แต่ศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่าบริษัทจำกัดสามารถเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทได้<sup>38</sup> ปัญหาประการต่อมา บริษัทหรือกรรมการของบริษัททำการนอกขอบวัตถุประสงค์ได้หรือไม่ ปัญหานี้สืบเนื่องมาจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1908 (3) กำหนดให้หนังสือบริคณห์สนธิ์ต้องมีรายการวัตถุประสงค์ ซึ่งเป็นแนวความคิดของทฤษฎีบุคคลสมมติที่มีความต้องการให้รัฐเข้ามาควบคุมการประกอบกิจการของบริษัท แต่เดิมประเทศต่าง ๆ ได้เดินตามแนวความคิดนี้ แต่ในปัจจุบันประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น อังกฤษ สหรัฐ ออสเตรเลีย ได้ละทิ้งแนวความคิดนี้แล้วทั้งสิ้น ในปัจจุบันแม้ดูเหมือนว่าปัญหาเกี่ยวกับการกระทำเกินอำนาจของบริษัทหรือกรรมการตามหลัก Ultra Vires จะผ่อนคลายเป็นบ้างเมื่อมีมาตรา 1023/1 บัญญัติห้ามมิให้บริษัทยกเอามาตรา 1023 ขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้สุจริตเพื่อไม่ให้ต้องรับผิดชอบโดยอ้างว่าบริษัทหรือกรรมการไม่มีอำนาจกระทำการ แต่มาตรา 1167 ให้นำกฎหมายตัวแทนมาใช้เกี่ยวด้วยความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอก จึงอาจทำให้ปัญหาการใช้กฎหมายเรื่องการกระทำเกินอำนาจของกรรมการยังคงมีอยู่อีกต่อไป โดยอาจมีการอ้างเหตุผลว่ามาตรา 1167 เป็นบทเฉพาะ ส่วนมาตรา 1023/1 เป็นบททั่วไป ผู้เขียนเห็นว่าการที่กฎหมายบริษัทจำกัด

<sup>35</sup> ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคล (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 67.

<sup>36</sup> ไสภณ รัตนกร, หุ้นส่วนบริษัท (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541) หน้า 202 – 203.

<sup>37</sup> สำนักงานกฤษฎีกา, หนังสือตอบข้อหารือเลขเสร็จที่ 0385/2521 เรื่อง หารือปัญหากฎหมายเกี่ยวกับบริษัท ปูนซีเมนต์ไทย จำกัด และระเบียบว่าด้วยการจดทะเบียนบริษัท พ.ศ. 2549 ข้อ 53 กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์.

<sup>38</sup> Walter Woon, Ibid.

ของไทยยังยึดมั่นอยู่กับทฤษฎีบุคคลสมมติอย่างเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนไป ย่อมทำให้กฎหมายล้าสมัย ขาดความยืดหยุ่น และไม่อาจใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือส่งเสริมให้บริษัทของไทยสร้างขีดความสามารถการแข่งขันทางเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่ ปัญหาการจำกัดความสามารถของบริษัทในลักษณะดังกล่าวมานี้ได้ก่อให้เกิดผลกระทบในการประกอบธุรกิจของบริษัทมาเป็นเวลานาน

## 5. สรุป และข้อเสนอแนะ

กล่าวโดยสรุปได้ว่าแนวความคิดความเป็นบุคคลของบริษัท (Corporate Personality) ปรากฏอยู่ในกฎหมายบริษัทของประเทศต่าง ๆ มาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีที่นำมาอธิบายความเป็นบุคคลของบริษัทหรือสภาพบุคคลของบริษัทได้แก่ทฤษฎีบุคคลสมมติ (Fiction theory) หรือทฤษฎีการให้อำนาจโดยรัฐ (Grant theory) กับทฤษฎีบุคคลที่แท้จริง (Real entity) หรือทฤษฎีนิติบุคคลธรรมชาติ (Natural entity theory) ซึ่งทฤษฎีแรกมีแนวความคิดว่านิติบุคคลเกิดขึ้นโดยรัฐเป็นผู้ให้อนุญาต ขณะที่ทฤษฎีนิติบุคคลที่แท้จริงอธิบายว่านิติบุคคลเกิดโดยธรรมชาติจากการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคล ทฤษฎีบุคคลสมมติมีอิทธิพลต่อกฎหมายอังกฤษและสหรัฐมายาวนาน ในปัจจุบันทฤษฎีบุคคลที่แท้จริงได้รับการยอมรับทั้งในระบบกฎหมายบริษัทของเยอรมัน อังกฤษ และสหรัฐ สำหรับกฎหมายบริษัทของประเทศไทยยังคงยึดถือตามทฤษฎีบุคคลสมมติ ทำให้เกิดผลกระทบในการใช้กฎหมาย เพราะเป็นการจำกัดความสามารถของบริษัทในการตั้งบริษัทและดำเนินธุรกิจ ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สอดคล้องกับทฤษฎีบุคคลที่แท้จริงซึ่งแพร่หลายในต่างประเทศอยู่ในปัจจุบัน โดยเรียนรู้จากประสบการณ์ของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายบริษัทครั้งสำคัญในช่วงปี 2006 ถึง ปี 2009 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้บริษัทในประเทศของตนสามารถแข่งขันทางเศรษฐกิจในโลกยุคปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพ